

**Como e por quê
as fundações privadas
“de apoio” estão
destruindo o caráter
público e gratuito
da USP**

**Como e por quê
as fundações privadas
“de apoio” estão
destruindo o caráter
público e gratuito
da USP**

Adusp - S. Sind.
Av. Prof. Luciano Gualberto, trav. J, 374
CEP 05508-900 - Cidade Universitária - São Paulo - SP
Internet: <http://www.adusp.org.br>
E-mail: imprensa@adusp.org.br
Telefones: (011) 3813-5573/3091-4465/3091-4466 • Fax: (011) 3814-1715

Sumário

Apresentação	4
Carta ao Ministro da Educação	5
Fundações: uma opção privatizante para as Universidades	6
Relatório de Minoria dos Representantes da Adusp no Grupo de Trabalho das Fundações da Reitoria da USP	17
Novos modelos, velho direito - análise do debate..	22

Apresentação

As Fundações, ditas “de apoio”, são organismos privados que ao longo dos últimos anos disseminaram-se de forma ampla e preocupante, no âmbito das instituições públicas de ensino superior. A Adusp tem desenvolvido um intenso trabalho de pesquisa e análise destes organismos na Universidade de São Paulo, o que nos permitiu constatar que elas têm representado a privatização de atividades de ensino, pesquisa e extensão em uma instituição estritamente pública.

Agrupamos neste caderno três documentos. O primeiro deles é uma síntese das pesquisas que realizamos desde o ano 2000, mostrando que as Fundações de Apoio têm sido instrumento de captação e gerenciamento privados de um volume expressivo de recursos, a partir da venda de projetos, pesquisas, serviços e, especialmente, cursos, usando a infra-estrutura da universidade e o prestígio transmitido pelos símbolos da instituição. Este documento foi encaminhado com uma carta ao Ministro da Educação, pois é extremamente preocupante que o MEC esteja buscando contornar os problemas legais relacionados à atividade dessas organizações junto às instituições federais de ensino superior, por meio da formulação de um decreto.

O segundo documento é o relatório que a Adusp apresentou no Grupo de Trabalho sobre Fundações criado pela Reitoria da USP. Nele defendemos nossa proposta de transição para resgatar o caráter público da Universidade. Juntamente com os demais relatórios gerados pelo GT, ele está sendo discutido no Conselho Universitário, onde está em pauta a questão do relacionamento entre a universidade e as fundações privadas.

O terceiro e último documento é uma análise de nossa assessoria jurídica sobre o seminário que organizamos, “O Ensino Público e as Fundações de Apoio”. Neste evento, três membros do Ministério Público, três professores de Direito, a subprocuradora-chefe da USP e um representante do coletivo jurídico do Andes-Sindicato Nacional debateram com o plenário os problemas da legalidade desta relação estabelecida entre instituições públicas de ensino superior e as fundações privadas ditas de apoio.

Este caderno sintetiza, portanto, as informações, análises políticas e aspectos jurídicos que temos acumulado, bem como a nossa proposta de reversão deste particular mecanismo de privatização da universidade. Cremos que ele será um instrumento importante para nos posicionarmos, tanto no âmbito do debate interno que ocorre na USP, quanto naquele que se desenrola na esfera nacional.

Carta ao Ministro da Educação

São Paulo, 18 de fevereiro de 2004.

Exmo. Sr. Ministro do Estado da Educação
Tarso Genro
A/C da Diretoria do Sindicato Nacional do Andes/SN

Sr. Ministro

A divulgação oficiosa do documento elaborado pelo Grupo Interministerial para apresentar propostas de reformas para a universidade brasileira, dentre outras propostas que nos causaram espécie, apresenta as “Fundações de Apoio” como imprescindíveis para as universidades federais.

A Adusp desde 2000 vem pesquisando a atividade das fundações da USP, tendo publicado diversos artigos na *Revista Adusp* (edições 22, 23 e 24), o “Dossiê Fundações” em 2001 e outras matérias em edições subseqüentes.

No texto anexo, elaborado especialmente para ser entregue ao MEC, destacamos partes importantes desta pesquisa. Nele estão os elementos concretos que embasam nossa convicção de que as fundações comprometem o caráter público das universidades desvirtuando o papel fundamental que elas devem desempenhar para o país.

Esperamos que o documento anexo seja analisado atentamente pelo MEC, contribuindo para direcionar suas ações para que a universidade pública brasileira atenda aos interesses da maioria da população brasileira, com gestão autônoma e democrática, produzindo arte, cultura, ciência e tecnologia de qualidade. Isso é indispensável para que ela cumpra seu papel fundamental no desenvolvimento soberano e auto-sustentado do país.

Atenciosamente.
Américo A. F. S. Kerr
Presidente da Adusp-S.Sind.

Fundações: uma opção privatizante para as Universidades¹

O documento preparado pelo Grupo Interministerial incumbido de “sugerir idéias para enfrentar a crise atual das universidades federais e orientar o processo de reforma da universidade brasileira, para fazer dela um instrumento decisivo da construção do Brasil ao longo do século XXI”, traz as seguintes referências às fundações universitárias ditas “de apoio” (os grifos são nossos):

2.5 Regulamentação das relações entre as universidades e as fundações de apoio

Como forma de contornar a falta de autonomia legal, a partir dos anos 80, as universidades passaram a utilizar fundações de apoio, contratadas pelos órgãos de controle e pela comunidade. *Na realidade de hoje não é possível prescindir das fundações, que têm um grande papel a cumprir no funcionamento autônomo das universidades federais*, ao mesmo tempo em que se definem regras claras para o funcionamento delas, pela lisura e transparência. *Nesse sentido, o MEC e o MCT elaboraram uma proposta de regulamentação das relações entre universidades e fundações de apoio, já em tramitação no Governo, na forma de proposta de Decreto.*

A afirmação de que “não é possível prescindir das fundações” não se deixa acompanhar por nenhum dado concreto, constituindo um axioma inaceitável num documento desse tipo, especialmente por ser notório o potencial polêmico e conflituoso dessas instituições. O GI simplesmente tomou à risca um dos elementos centrais do discurso dos defensores das fundações, o *auto-elogio*, sem interrogar-se sobre seu teor.

Tão grave quanto o raciocínio que torna as fundações “imprescindíveis” é seu desdobrar no documento do GI, atribuindo-lhes “um grande papel a cumprir no funcionamento autônomo das universidades federais”. Triplo equívoco. Primeiro por considerar que as fundações poderão aportar recursos significativos às universidades. Segundo, precisamente por resumir a autonomia à sua faceta financeira, desconhecendo portanto as distorções e desequilíbrios introduzidos por tais instituições privadas *em todos os*

aspectos da vida universitária, com graves prejuízos para o ensino, a pesquisa e a extensão. Terceiro, porque a crítica recorrente à “burocracia” não é um argumento sustentável para que as universidades deixem de captar estes recursos por meios públicos e os administrem de forma pública, ou seja, sob o rigor do controle público. A possibilidade de gestão e apropriação privadas destes recursos, conseguidos com o prestígio da universidade pública, é que tem motivado sua captação por estes organismos privados.

Cabe assinalar que a auto-definição das fundações privadas “de apoio” como entidades “sem fins lucrativos” escamoteia a vocação e as práticas empresariais da maior parte delas, organizadas que são com o propósito de realizar *negócios* — assessoria, consultoria, projetos, cursos pagos — que propiciem remuneração adicional aos docentes que nelas atuam. Note-se que sua condição jurídico-formal de entidades “incumbidas estatutariamente de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional”, e “sem fins lucrativos”, concede-lhes privilégios como isenção fiscal (letra “c”, do inciso VI, do artigo 150 da Constituição Federal; e MP 1858-6 para o caso da Cofins) e dispensa de licitação por parte do poder público.

É preocupante que o governo disponha-se, como revelado no documento do GI, a *regulamentar por decreto* as relações entre universidades e fundações, sem consultar a comunidade universitária, sem abrir o debate a respeito, e assim sem refletir sobre a experiência das universidades públicas brasileiras que convivem com a mercantilização do saber em todas as formas no interior de suas estruturas, o que as descaracteriza fundamente e gera permanentes conflitos de interesse.

Fundações que se apóiam na USP

A Universidade de São Paulo (USP) abriga em seus *campi* nada menos do que três dezenas de fundações privadas ditas “de apoio” e um número incalculável de entidades assemelhadas (“centros” e outras): provavelmente é a universidade pública brasileira a relacionar-se com o maior número de instituições desse tipo.

A Associação dos Docentes da USP (Adusp Seção Sindical do Andes/SN) vem, desde 2000, pesquisando em profundidade a atividade das fundações, suas receitas e despesas, o modo como se relacionam com a USP e com outros entes públicos, o valor dos repasses financeiros efetuados às unidades que as sediam (escolas, faculdades, institutos) e aos fundos da universidade.

Essa investigação resultou na publicação, pela *Revista Adusp* (edições 22, 23 e 24), do “Dossiê Fundações”, em 2001, e posteriormente (2002,

2003) de novas matérias com consistente e diversificada informação sobre essas instituições privadas. Oferecemos, assim, farto material sobre o tema, tendo como principais fontes os documentos das próprias fundações, além de documentos emitidos pelo poder público, o que fez do “Dossiê Fundações” da *Revista Adusp* uma referência nacional para os interessados na questão.

Cremos que é de nosso dever indicar algumas das conclusões a que chegamos e que foram corroboradas por dados recentes:

- 1 - As fundações privadas “de apoio”, consideradas em seu conjunto, historicamente transferem à USP recursos cujo montante equivale a *menos de 2% do Orçamento anual da universidade*;
- 2 - As maiores fundações repassam à USP, individualmente, somente 5% ou menos de toda a receita que arrecadam anualmente;
- 3 - Na quase totalidade das fundações, os recursos arrecadados são, na sua maior parte, *apropriados privadamente* pelos docentes que delas fazem parte;
- 4 - Parcela substantiva das verbas auferidas pelas fundações ligadas à USP provém de órgãos públicos federais, estaduais e municipais. Na década de 1990, tais verbas chegaram a representar até 80% da receita total de algumas das fundações. A maior parte desses contratos não passou por licitação, como revela estudo do Tribunal de Contas da União (TCU);
- 5 - Os cursos pagos promovidos pelas fundações tornaram-se uma indústria, comprometendo e ferindo o caráter público da USP, em descumprimento flagrante dos artigos 206 e 208 da Constituição Federal (gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais e acesso segundo a capacidade de cada um), a tal ponto que, atendendo à pressão de entidades representativas, a Pró-Reitoria de Pós-Graduação decidiu, em 2002, suspender a autorização para novos cursos pagos de pós-graduação *lato sensu*;
- 6 - As fundações apropriaram-se do símbolo da USP, utilizando-o como uma logomarca ao seu bel-prazer e sem qualquer ônus em anúncios e materiais de propaganda, e ocuparam prédios e instalações da universidade, em vários casos permanentemente;
- 7 - Além de quebrar a isonomia salarial, as atividades privadas (cursos pagos, projetos de consultoria e outras) vêm induzindo modificações na graduação e na pós-graduação gratuitas, afetando a grade curricular, o programa das disciplinas e a relação

- entre docentes e alunos, bem como o objeto das pesquisas, que passou a ser determinado, em larga escala, pelo “mercado”;
- 8 - Não há controle efetivo, pela universidade, das fundações, nem das atividades dos docentes em regime de dedicação integral (RDIDP) parcialmente liberados para atividades privadas;
 - 9 - Conflitos de interesse proliferam, na medida em que autoridades da USP (reitores, diretores, chefes de departamento, coordenadores), às quais caberia fiscalizar as fundações e seu relacionamento com a universidade, em diversos casos são ou foram participantes dessas instituições privadas e habitualmente até seus dirigentes.

Acreditamos que este padrão seja encontrado também nas fundações que se relacionam com as universidades federais, mesmo porque várias delas atuam em ambas as frentes, havendo sete fundações privadas credenciadas no MEC que “apóiam”, *concomitantemente*, a USP e instituições federais de ensino (<http://www.mec.gov.br/sesu/ftp/credenciada>).

O padrão indica que, ao contrário do que propõe o texto do GI, as fundações “de apoio” *são prescindíveis*. Ademais, sua lógica é mercantil, norteada pelo lucro. Portanto, ao invés de terem um papel a desempenhar na autonomia da universidade pública, *elas ameaçam tal autonomia*, pois comprometem a autodeterminação do saber, a gratuidade do ensino e o compromisso que a universidade deve ter com um projeto de desenvolvimento autônomo e auto-sustentado para o país.

Até agora, apresentamos pouco mais do que generalizações. Por isso, elencamos a seguir dados que ilustram, com maiores detalhes, as afirmações feitas acima.

Alta lucratividade, baixos repasses

De acordo com os dados da Coordenadoria de Administração Geral (Codage-USP), em 1999 e 2000 somente 21 das 30 fundações privadas “de apoio” efetuaram repasses à USP. O total repassado no período somou R\$ 22,354 milhões. Em 1999 foram R\$ 9,106 milhões; em 2000, R\$ 13,248 milhões. O Orçamento da USP, vinculado ao repasse de 5,0295% da cota-parte do ICMS, foi de R\$ 918 milhões em 1999 e R\$ 1,173 bilhão em 2000. Assim, os repasses das 21 fundações foram equivalentes a, respectivamente, *apenas 1% e 1,5% do total do Orçamento da universidade*.

Alguns exemplos de repasses das fundações atuantes na USP, com base nos dados fornecidos pelas próprias instituições:

Fundação para o Desenvolvimento Científico e Tecnológico da Odontologia (Fundecto)

Vinculada à Faculdade de Odontologia.

Receita em 2000: **R\$ 4,33 milhões**

Repasso à USP em 2000: **R\$ 368 mil** (8,51% da receita total)

Fundação Vanzolini (FCAV)

Vinculada à Escola Politécnica.

Receita em 2000: **R\$ 12,5 milhões**

Repasso à USP em 2000: **R\$ 468 mil** (3,7% da receita total)

Fundação Instituto de Administração (FIA)

Vinculada à Faculdade de Economia e Administração.

Receita em 2000: **R\$ 50,3 milhões**.

Repasso à USP em 2000: **R\$ 2,3 milhões** (4,5% da receita total)

Os dados mais recentes, de 2001, enviados ao Grupo de Trabalho sobre Fundações instituído pela Reitoria em 2003, indicam que na USP continua a ocorrer o fortalecimento econômico-financeiro das fundações “de apoio”, inclusive as menores, ou seja, *a privatização expande-se*. As 25 entidades que aceitaram enviar seus dados movimentaram em 2001, computando-se a soma das suas receitas, R\$ 457.814.558,14 (**Tabela 1**), *o equivalente a 36% do Orçamento da USP no mesmo ano*, que foi de R\$ 1,273 bilhão.

Ao contrário do que muitos imaginam, esse montante de receitas das fundações não integra o Orçamento da USP, que é constituído por repasses oriundos do Tesouro estadual. A Codage, órgão da Reitoria responsável pelo controle do fluxo de receitas vinculadas à universidade, declara desconhecer os valores repassados pelas fundações em 2001 a departamentos e unidades, e informa ter nos registros referentes a 2001 *somente as cifras referentes aos repasses das fundações à Reitoria*, cujo montante no período foi de R\$ 3.361.470,03 (0,7% da receita total apurada por elas!).

Sabendo-se que os repasses à Reitoria costumam corresponder a cerca de 1/4 do montante repassado pelas fundações, sendo o restante destinado a departamentos e unidades, podemos estimar em R\$ 13,445 milhões o total repassado à USP em 2001. Ou, se supusermos com otimismo que o repasse cresceu na mesma proporção que no período 2000/1999 (45%), chegaremos à cifra de R\$ 19,546 milhões. *Portanto, o repasse global à USP terá variado entre 2,9% e 4,26% do montante arrecadado pelas fundações.*

Ao compararmos os repasses estimados ao Orçamento da USP de 2001, teremos o equivalente a 1,05% e 1,53%.

O total das receitas obtidas em 2001 por cinco fundações “de apoio” do setor de saúde, que incluem nos seus orçamentos verbas do Sistema Único de Saúde (SUS), foi de R\$ 299.366.732,73. O total das receitas obtidas pelas outras 20 fundações foi de R\$ 158.447.825,41. Deve-se considerar, no entanto, que as entidades do setor de saúde não arrecadam exclusivamente verbas do SUS, e que a Fundação Faculdade de Medicina (FFM), que gere o Hospital das Clínicas de São Paulo, pura e simplesmente excluiu da sua contabilidade a verba SUS (**Tabela 2**).

Assim, se se quiser conhecer a parte das receitas do sistema que não tem origem no SUS, deve-se subtrair, da arrecadação global em 2001 daquelas 25 fundações “de apoio”, somente as receitas SUS. Como estas totalizaram R\$ 163.382.495,18 (sabendo-se que os ingressos da FFM nessa rubrica não foram informados e portanto não estão computados nesse montante), pode-se concluir que em 2001 *a entrada de recursos “não SUS” no sistema fundacional privado atuante na USP foi da ordem de R\$ 294.432.062,96*. Quantia que revela a pujança dos negócios privados praticados nos *campi* e nos hospitais da USP — em detrimento do caráter público e gratuito da universidade, e às expensas do seu patrimônio — e reitera que, ao contrário do alardeado, as fundações “de apoio” têm finalidades lucrativas.

Embora a maior parte dos recursos que ingressam nas fundações ligadas aos HCs tenha destinação pública e não privada, o levantamento da *Revista Adusp* indica que parcela não desprezível das verbas do SUS termina por ser empregada com fins e legalidade questionáveis, como a “taxa de gestão” cobrada pelas instituições privadas, que é de 7,5% no caso da FFM; a “segunda porta” instituída nos HCs — atendimento remunerado oferecido a usuários de seguro-saúde e pacientes particulares, abrindo caminho à privatização da saúde; e até contratações como a de 14 docentes que lecionam na Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, mas são funcionários da Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Assistência do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (Faepa), pagos com verba do SUS.

Acrescente-se que as fundações que gerenciam os complexos hospitalares vinculados à USP obtiveram certificado de entidade filantrópica, emitido pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), e que as isenta da obrigação de recolher a devida contribuição previdenciária de funcionários e contratados. A própria FFM revela as dimensões desse privilégio fiscal: “a contribuição previdenciária aproximada devida, caso não gozasse de isenção,

poderia ser assim demonstrada”: R\$ 23,78 milhões em 1999 e R\$ 24,65 milhões em 2000 (FFM, *Demonstrações Financeiras 2000*, p. 10).

Tabela 1 - Receitas das fundações privadas “de apoio” em 2001 (em R\$)

Entidade	Receita total
Zerbini	153.473.629,47
Faepa	75.071.213,15
FIA	56.471.298,01
Fipe	29.246.423,74
Fundherp	27.198.164,49
Fipecafi	26.855.669,00
FFM	22.231.773,72
Funcraf	21.391.951,90
FCAV	18.978.476,42
Fundace	5.334.508,90
Fundecto	4.449.695,82
FUSP	3.378.785,03
Fipai	2.991.818,48
Fipfarma	2.485.191,15
Fundespa	1.930.705,46
FAFQ	1.699.402,30
Fealq	1.452.579,27
Fupam	1.086.003,00
Fafe	738.411,42
Funorp	630.255,71
Funbeo	315.167,02
Fumvet	243.374,12
Fierp	139.932,53
Arcadas	18.050,00
FAC	2.078,03
TOTAL GERAL	457.814.558,14

Fonte: relatórios Sicap fornecidos ao GT Fundações

Tabela 2- Fundações do setor de saúde e receitas SUS em 2001 (R\$)

Entidade	Receita total	Receita SUS
Zerbini	153.473.629,47	57.912.256,49
Faepa	75.071.213,15	67.244.994,59
Fundherp	27.198.164,49	17.437.676,65
FFM	22.231.773,72	0,00
Funcraf	21.391.951,90	20.787.567,45
TOTAIS	299.366.732,73	163.382.495,18

Fontes: relatórios Sicap fornecidos ao GT Fundações

Cursos pagos

As três fundações “de apoio” que atuam na Faculdade de Economia e Administração (FEA) obtiveram uma receita conjunta de R\$ 112 milhões, em números redondos (**Tabela 3**). A Fundação Vanzolini, ligada à Escola Politécnica, manteve trajetória ascendente, atingindo receita de quase R\$ 19 milhões: um salto de 51% em relação aos R\$ 12,5 milhões arrecadados em 2000. Ao mesmo tempo, já são dez as “pequenas” fundações situadas na faixa de arrecadação anual que vai de R\$ 1 milhão a R\$ 6 milhões.

Em 2001 a FIA arrecadou mais de R\$ 32 milhões com cursos pagos, o que representa 57% da sua receita total de R\$ 56 milhões. O montante de recursos obtidos pela fundação com a venda de cursos pagos (*MBA* e outros) é maior do que o orçamento da FEA, unidade à qual está vinculada, e que se situa abaixo de R\$ 30 milhões.

Tabela 3- Fundações da FEA: receitas em 2001 (R\$)

Entidade	Receita total	Receita c/ cursos	Receita c/ pesquisas
FIA	56.471.298,01	32.289.626,25	19.078.566,49
Fipe	29.246.423,74	4.258.689,06	24.260.661,56
Fipecafi	26.855.669,00	9.649.493,08	17.182.365,92
TOTAIS	112.573.390,75	46.197.808,39	60.521.593,97

Fontes: relatórios Sicap fornecidos ao GT Fundações

A apropriação privada do excedente

A apropriação da maior parte do excedente financeiro (receitas menos despesas) obtido a cada ano pelas fundações “de apoio” é privada, como já relatado. Valores contabilizados na forma de “pagamentos de serviços a terceiros”, ou “prestação de serviços por pessoas jurídicas”, estas últimas não raramente em-presas constituídas pelos próprios docentes que realizaram a atividade.

Desse modo, os excedentes não assumem a forma contábil de “lucro”. Eles remuneram em primeiro lugar os denominados “coordenadores de projetos” e seus colaboradores; em menor escala, a própria fundação (*overhead*); e, só depois, a USP (repasses ao departamento, à unidade, e à Reitoria).

Um indicador de quão ínfimas são as transferências realizadas à USP é a relação superávit-repasses. Frequentemente, os superávites das fundações são largamente superiores aos repasses.

Ao investigar a documentação contábil da Fundação Bauruense de Estudos Odontológicos (Funbeo), vinculada à Faculdade de Odontologia de Bauru, um fiscal da Receita Federal assim descreveu o arranjo utilizado:

“Quanto aos gastos, a despesa mais relevante registra-se na conta ‘Prestação de Serviços por Pessoas Jurídicas’, cujos percentuais, nos anos-calendário examinados, situam-se em torno de 60,93% a 69,59%, em relação aos valores obtidos na conta de receita ‘Cursos de Aperfeiçoamento’. E, pelo que se sabe, a conta de despesa ‘Prestação de Serviços por Pessoas Jurídicas’ abriga, essencialmente, os pagamentos aos professores em função das aulas ministradas nos referidos cursos” (*Revista Adusp* 31, 2003, p. 89).

A Fundação Vanzolini (FCAV), vinculada à Escola Politécnica, onde ocupa um prédio inteiro, arrecadou R\$ 12,5 milhões em 2000, repassando à USP só R\$ 0,468 milhão (3,7% da receita), ao passo que *os pagamentos a pessoas físicas e jurídicas somaram R\$ 6,1 milhões (49%)*.

Outro exemplo: em 1998, a FIA arrecadou R\$ 64,9 milhões, dos quais R\$ 35,4 milhões (54%) foram destinados a “despesas com pessoal técnico”, o que inclui honorários de docentes, pessoas físicas e jurídicas, e técnicos. Note-se que o pagamento dos funcionários da FIA, que chegaram a ser 346 naquele ano, está em outra rubrica, “pessoal administrativo”, e consumiu R\$ 7,9 milhões (12% da receita). O *overhead* ficou em R\$

9,8 milhões (15% da receita) e o superávit em R\$ 1,6 milhão. Como essa pujança refletiu-se em termos de repasses financeiros para a USP? *Muito modestamente: só há registro, nos documentos da própria FIA, do repasse de R\$ 0,88 milhão para a universidade (1,35% da receita).*

Não escapam a ninguém as distorções provocadas por tamanha quebra da isonomia salarial, pois não raramente a remuneração adicional obtida supera o salário em duas vezes ou mais. Em 2000, a mesma FIA repassou ao Fundo de Taxas de Convênio da Reitoria, segundo a Codage, a quantia de R\$ 1,075 milhão, referente aos 5% previstos na Resolução 4543/98 da USP. Isso demonstra que o *bolo* da remuneração dos docentes ligados a essa fundação foi de R\$ 21,5 milhões, em números redondos, e que, como havia então 55 docentes em atividade na FIA, cada um deles fez jus, em média, a R\$ 390 mil nesse ano! Deixe-se claro que esta conta não inclui os salários.

Sem licitação

Em estudo sobre 1824 contratos de consultoria firmados por 219 órgãos e entidades da administração pública federal entre os anos de 1997 e 1999, o Tribunal de Contas da União (TCU) verificou que “pelo menos 1352 (74%) foram firmados através de dispensa ou de inexigibilidade de licitação”. Houve 646 dispensas, das quais “250 (38%) foram realizadas tendo como base o inciso XIII, do art. 24 da Lei 8666/93, sendo que, na quase totalidade dos casos, foram contratadas ‘fundações de apoio a universidades’”, diz o relatório *TC-005.168/2000-5*, de 7/2/2001;

No mesmo relatório, o TCU relacionou duas fundações da USP, Fipecafi e FIA, entre os “10 maiores contratados por total de valores contratados”, com R\$ 34,9 milhões e R\$ 32 milhões respectivamente, e também entre os “10 maiores contratados por quantidade de contratos”, 11 e 17 respectivamente, dos quais só dois foram licitados. A Fundação Universidade de Brasília (FUB) também aparece em ambas as listas, com 11 contratos e R\$ 54,4 milhões.

Conclusão

Estes dados representam uma pequena amostra de tudo que levantamos, mas permitem que se tenha uma idéia do grave quadro de distorções criado pela atividade dessas organizações no âmbito da USP. Acreditamos, infelizmente, que ele não se diferencia do que vem ocorrendo na maioria das universidades públicas do Brasil, estaduais e federais.

Esperamos que eles sejam seriamente estudados pelo Grupo Executivo incumbido da reforma universitária, para que os interesses privados orientados exclusivamente pelo lucro não venham a prevalecer sobre os princípios que fundamentam a universidade pública, gratuita, de qualidade e socialmente referenciada.

Lembramos, contudo, que a expansão deste mecanismo de privatização das universidades encontrou campo fértil no arrocho de salários e na redução dos recursos para o financiamento público dos trabalhos de ensino, pesquisa e extensão.

É fundamental, portanto, uma ação que resgate a dignidade salarial e o financiamento público às atividades universitárias. Recursos privados devem ser captados e geridos de forma pública e transparente, em projetos que sejam de interesse acadêmico. Isso permite que o trabalho não seja dirigido por contingências econômicas pessoais ou imediatistas. Esses elementos são indispensáveis ao cumprimento do papel social da Universidade como produtora de um saber essencial para o desenvolvimento autônomo e auto-sustentado do país e ao atendimento das demandas sociais da maioria da população.

Nota

¹ Baseado nos artigos publicados pela *Revista Adusp* e que podem ser encontrados na página da Adusp (www.adusp.org.br).

Relatório de *Mínoria* dos Representantes da ADUSP no Grupo de Trabalho das Fundações da Reitoria da USP

Por um processo de transição

Introdução

A reflexão e o debate sobre as fundações privadas que atuam na USP ocorrem há mais de uma década. Em 2001, a *Revista Adusp* publicou o “Dossiê Fundações” que teve forte impacto na comunidade. No mesmo ano, o Conselho Universitário da USP foi impedido, pelo movimento estudantil, de deliberar sobre uma proposta de regulamentação das fundações que não havia sido debatida na universidade. Desde então, o tema foi ganhando espaço e, em 2002, a Reitoria da USP constituiu uma Comissão Especial de Fundações que, em seu relatório final, sugeriu a criação de um Grupo de Trabalho.

O GT-Fundações foi constituído e, desde fevereiro de 2003, debateu os diversos aspectos relativos à criação, à atuação e aos efeitos das fundações privadas, ditas de apoio, na universidade. As discussões, no âmbito do GT, foram muito proveitosas, e ao longo de todo o processo a *Adusp*, através de seus cinco representantes, sensível a argumentos substantivos apresentados nesse GT, mas sem perder de vista seus princípios e sua visão de universidade pública, elaborou uma proposta que forma um todo orgânico. Considerando que tal proposta, se apresentada parcialmente, ficaria desfigurada, a *Adusp* optou por apresentá-la ao CO na sua íntegra. Esta proposta trata de questões fundamentais e de princípio, sem pretender abordar os detalhes e as regulamentações necessárias para a sua implementação. Entendem os proponentes que isso seria matéria a ser analisada posteriormente por grupos especialmente criados com essa finalidade. É necessário destacar de forma eloqüente que, ao longo dos debates, não foram apresentados argumentos acadêmicos que justificassem a necessidade de fundações privadas em uma universidade pública. Por outro lado, ficou evidente que as fundações privadas, criadas com o pretexto de contornar dificuldades de natureza administrativa e entraves legais, acabaram por gerar enormes distorções nas atividades de ensino, pesquisa e extensão desenvolvidas na universidade.

A proposta aqui apresentada tem como eixo central a construção de um processo de transição para uma situação em que o relacionamento da universidade com fundações privadas ocorra exclusivamente por motivação

de natureza acadêmica, seguindo princípios que garantam os aspectos éticos e legais que devem nortear as atividades de uma universidade pública.

Consideramos importante que antes da deliberação pelo CO haja ampla discussão acerca do papel das fundações privadas no interior da universidade, com a divulgação dos depoimentos que ajudaram a instruir o processo de discussão dentro do GT-Fundações. Igualmente importante é que representantes dos diversos relatórios apresentados ao Reitor tenham direito à palavra nas sessões do CO que irão debater o tema das fundações.

Em relação à questão das Fundações Privadas

Está claro que não é possível, do dia para a noite, mudar a natureza de um tecido social construído ao longo de décadas. Por outro lado, a universidade pública não pode promover, acolher ou ser conivente com a utilização de seus recursos materiais e humanos e do seu prestígio social para o estabelecimento e desenvolvimento de empresas privadas de serviços, que operam a partir do seu interior. Nossa proposta, portanto, é a construção de um processo de transição para uma universidade efetivamente pública na lógica de seu funcionamento e na destinação da sua produção; uma universidade na qual a origem e o destino de suas ações sejam o ensino e a pesquisa de qualidade, onde a extensão cumpra papel importante na captação de questões relevantes para essas atividades e na sua realimentação para a sociedade onde esta inserida.

Este processo de transição deverá incluir as seguintes providências:

1. Criação de um órgão central (secretaria ou coordenadoria), ligado à Reitoria, para gerenciar convênios, assim como para identificar e remover entraves burocráticos e administrativos ao desenvolvimento de projetos de ensino, pesquisa e extensão que sejam do interesse acadêmico da instituição.

2. Ação política da administração central da USP no sentido de remover, respeitadas as regras básicas de controle e transparência no uso do dinheiro público, as dificuldades legais e administrativas que hoje impedem o bom andamento do trabalho acadêmico e a administração da universidade. Estas ações poderiam, por exemplo, ser executadas em comum acordo com as outras universidades estaduais, através do Cruesp.

3. Neste período de transição e enquanto é negociada a adaptação das regras de controle administrativo, a USP contará com o apoio de **apenas uma fundação, pública**, de modo a não dificultar o desenvolvimento do trabalho acadêmico.

4. O corpo docente e as Unidades da USP deverão ser incentivados a utilizar a secretaria (ou coordenadoria) proposta no item 1, e, quando necessário, a fundação pública mencionada no item acima, para encaminhar, através de convênios ou de outros mecanismos, a interação com os diversos segmentos da sociedade. A perspectiva é que este processo conduza a uma situação em que qualquer tipo de fundação, inclusive a fundação pública proposta no item 3, seja supérflua.

5. Tanto a secretaria (ou coordenadoria) quanto a fundação pública devem ter caráter estritamente operacional, com quadros técnicos e administrativos enxutos e altamente qualificados. Não terão competência no que se refere às atividades de formação e pesquisa, tendo como fim exclusivo dar apoio técnico às operações de interação da universidade com a sociedade.

6. Deverá ser vedado o estabelecimento de convênio entre a USP e qualquer fundação privada que tenha em sua administração ou conselho curador docentes em RDIDP, membros da administração da universidade ou de seu Conselho Universitário.

Em relação a cursos pagos

Durante os debates ocorridos no GT-Fundações sobre esta questão, ficou claro que a Constituição Federal impõe a gratuidade de qualquer forma de ensino sob responsabilidade de uma universidade pública. Assim, a Constituição torna expressamente proibida a cobrança de cursos, de qualquer espécie, sob responsabilidade da USP.

Em relação ao RDIDP

Consideramos que este deve ser o regime preferencial de trabalho na universidade em todas as áreas. Tendo em vista os princípios enunciados no item relativo às fundações privadas, particularmente o segundo, todas as atividades acadêmicas desenvolvidas pelos docentes em RDIDP devem estar intrinsecamente ligadas ao trabalho de ensino e pesquisa. Conseqüentemente:

- tais atividades devem constar de seu plano de trabalho no Departamento e/ou Unidade, fazendo parte integrante de suas tarefas na universidade;
- as relações do docente em RDIDP com a sociedade, no âmbito de suas atividades acadêmicas, devem se dar por vias institucionais e não individuais;
- não há justificativa acadêmica para a existência de complementações salariais.

É importante destacar que a utilização destes critérios e princípios não compromete as possibilidades de interação da universidade pública com os diversos setores da sociedade.

Deve-se ressaltar ainda que há lugar na universidade para especialistas que têm contribuição a dar ao trabalho acadêmico, mas cuja opção principal não é a dedicação exclusiva a esta forma de trabalho. Portanto, a existência dos regimes de RTC e RTP é necessária para o desenvolvimento da universidade.

Concluimos esta reflexão afirmando que não há justificativa de espécie alguma para a “flexibilização” do RDIDP. Defendemos a sua retirada do Estatuto da USP.

Agosto de 2003

Benedito Honório Machado

Ciro Teixeira Correia

João Zanetic

Francisco Miraglia

Marco Antônio Brinati

Marcos Nascimento Magalhães

Suzana Salem Vasconcelos

Representantes da Adusp no GT Fundações

Novos modelos, velho direito análise do debate

Lara Lorena
Aparecido Inácio
Assessoria Jurídica da Adusp

A tentativa de alcançar uma estrutura mais célere, menos burocratizada e hermética, tem lançado a Administração Pública na busca de parcerias com a iniciativa privada. Dessas parcerias têm resultado um sem número de novas situações e relações jurídicas que se interseccionam e dividem posições mesmo entre os mais prestigiados operadores do Direito.

As fundações de apoio ao ensino superior, que se espriam em nossas universidades públicas, há algum tempo vêm sendo alvo de controvérsias tanto no terreno da política, quanto na esfera jurídica, que vacila quanto à natureza jurídica do instituto, contribuindo para fomentar a polêmica causada. Elas são um desses exemplos que nos impõem uma reflexão madura, já que sua atuação permite o desvio de conceitos jurídicos tradicionais.

Vale ressaltar que a dissonância na esfera jurídica não é relativa à legalidade da existência de fundações de apoio, mas da forma como elas se relacionam com as Universidades Públicas, e se essa relação e as atividades delas decorrentes, tal como posto, ou imposto, se encontram no terreno da constitucionalidade.

Nossa posição enquanto assessoria jurídica da Associação de Docentes da USP, adiantamos, é antes de mais nada a defesa, consagrada pela Constituição da República de 1988, da Universidade pública, gratuita e de qualidade como prerrogativa máxima.

Temos que Direito não é estático e tem instrumentos para acompanhar a dinâmica social, se abandonarmos a leitura estreita de sua literalidade. A concepção de Constitucionalismo moderno, à qual nos filiamos, acompanha também o desenvolvimento das concepções políticas (Constituição, democracia, governo...), e vem convergindo para uma fase em que se pensa o povo como um sujeito que cria sua constituição por uma constituinte direta e expressa, e como resultado, delinea a Constituição não como uma criação, mas como um processo de crescimento, concebe a Constituição dentro de determinado tempo e circunstância, como expressão das sociedades, e assim, não significa tanto a criação de um código nacional, mas,

tal como defendido pelo constitucionalista americano Charles McIlwain, a recepção de uma herança nacional.

A medida que aceitamos essa idéia da herança nacional, que recebemos e modificamos, aprimorando-a no tempo, mas sem alterar sua essência, concebemos a Constituição como algo mutável e modificável a fim de atender às novas mudanças e expectativas do porvir, insistimos, conectada à essência, reafirmando o caráter de construto que tem o Direito.

É fundamental para o objetivo aqui empreendido destacar, ainda, que tampouco os princípios normativos mencionados são estáticos por terem sido elencados na Constituição pátria. Esses mesmos princípios consagrados constitucionalmente podem ser desmembrados e desvelados de acordo com a transformação da dinâmica das relações sociais.

Assim, partimos da idéia de que Constituição só pode ser compreendida unindo seu sentido sociológico, político e jurídico, instrumento formal e material que consubstancia o Estado.

Nesse diapasão, faz ainda mais sentido a defesa do princípio da proibição do retrocesso social, que encontra árduo defensor no brilhante jurista português, J. Gomes Canotilho. Sob o prisma da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, positivado no Protocolo de San Salvador, e ratificado pelo Brasil, em vigor desde novembro de 1999, tal princípio veda que um direito e garantia individual, assegurado ao cidadão por meio da Constituição Originária, possa ser suprimido por intermédio de emenda à Constituição.

Qualquer formulação no sentido de retirar do Estado os serviços essenciais tais como previstos originariamente, representa evidente retrocesso social, violando tratados internacionais e de igual modo, os princípios constitucionais e as garantias individuais.

Ainda neste parêntesis, apropriando-nos dos conceitos de Habermas, a idéia do Estado de Direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, mas sua ligação com o direito legitimamente estatuído, só valendo como legítimo o direito que consiga aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade. Isso acarreta uma incorporação do exercício da autonomia política dos cidadãos no Estado.

Outrossim, somos pela defesa intransigente do Estado Democrático de Direito. Neste sentido nossa atuação na Associação de Docentes, em

defesa dos princípios constitucionais da Administração Pública, desarraigados na Universidade de São Paulo, em defesa especialmente do devido processo legal, da impessoalidade, publicidade, motivação dos atos administrativos, e moralidade.

O discurso há algum tempo propalado pela Universidade de São Paulo, entretanto, não se afasta desse. É comum hoje em dia lermos pareceres, não só no âmbito da autarquia aqui mencionada, mas de toda a Administração Pública, propagandeando a defesa desses princípios. Retórica. Continuamos a ver a Administração gerenciada por decretos, resoluções e portarias impostos por uma hierarquia não democrática; atos administrativos decisórios sem os respectivos processos administrativos; flagrantes desrespeitos ao devido processo legal; dificuldade de acesso a informações e certidões sob a alegação de sigilo; docentes com vencimentos reduzidos sem oportunidade de defesa; punições disciplinares determinadas também sem direito de defesa; contratações sem obediência à legalidade; vaidades e perseguições em detrimento de direitos funcionais, mascarados pelo “interesse público”; eleições indiretas. Nenhum desses atos combina com o novo modelo administrativo alardeado progressivamente pela autarquia.

Por sua vez, seus órgãos jurídicos, em razão até mesmo de sua falta de autonomia funcional, têm especial apego à literalidade da lei, dispostos a qualquer preço, na defesa da instituição e de seu orçamento, a não fazer um trabalho preventivo maior de ações judiciais.

É sob este panorama na USP que nos deparamos com a questão das fundações de apoio, e para expor todas as divergências e posições sobre o tema, concebemos a realização deste Seminário Jurídico. O seminário alcança ainda outro objetivo desta assessoria: esclarecer à comunidade, docente e não docente, como essa relação com a Universidade possui do ponto de vista jurídico argumentos consistentes para o início de uma lide judicial, do qual, após as exposições realizadas, resta ainda mais claro que não nos esquivaremos de enfrentar se necessário.

Inicialmente, deve-se destacar que em face da situação denunciada pela Adusp sobre as atividades das fundações de apoio na USP, não nos quedamos inertes em busca de uma solução jurídica: representamos junto ao Ministério Público do Estado de São Paulo (MPE) instruindo-o com as informações, dados e documentos obtidos em razão de uma intensa pesquisa realizada pela Adusp, não tendo tido, contudo, o resultado desejado, haja vista que desde outubro de 2002, o promotor de justiça responsável apenas vem deferindo sistematicamente os pedidos de dilação de prazo

para a Universidade apresentar documentos, mesmo sendo acompanhado de perto por nossa intervenção.

Assim, é com grande decepção que assistimos à lamentável atuação neste caso do Ministério Público Estadual, somando-se a ela a indignação pelas palavras do representante de Ministério Público Federal (MPF) que participou do Seminário realizado em 12/03/2004, ao insistir que, mesmo em se tratando, em tese, de dilapidação de patrimônio público, não haveria competência do Ministério Público Federal para atuar sobre a Universidade de São Paulo. Por outro lado, alegou que, se o MPE não se pronuncia sobre o problema, a Associação de Docentes não necessitaria do Ministério Público para ingressar com uma ação judicial, apontando a ação popular ou mesmo a ação civil pública como solução.

Ora, o fato de que há outros caminhos judiciais não exime o Ministério Público de seu dever, especialmente quando provocado a fazê-lo, como no caso. E, garantimos, se tal alternativa não foi iniciada, razões tínhamos para tanto: confiávamos na autonomia do Ministério Público e nos instrumentos de que dispõe para acesso e obtenção de documentos que não possuíamos. Também o representante do MPF justificou a atuação do MPE, que permanece insistindo em aguardar por documentos no processo que não chegam, ressaltando a possibilidade de que se tais documentos não são fornecidos é porque talvez não existam. Se tal preocupação perpassa pelo promotor responsável pela representação, com muito mais atenção deveria lhe ocupar o problema, já que os documentos que aqui estamos tratando referem-se aos convênios com a USP, aos balanços anuais das fundações, à prestação de contas à Universidade. Se eles não existem, as irregularidades se apresentam por si só. Assim, entendemos com as palavras do representante do MPF que a via de ação pelo Ministério Público se encontra de portas fechadas para o nosso problema: por um lado uma esfera se declara incompetente para apreciar a matéria; outra esfera, permanece inerte em face da denúncia, sem qualquer perspectiva quanto ao desenrolar da ação. Nem se diga, ainda, do papel das Curadorias das Fundações, que se restringe a alegar que não lhe compete estar atenta a nada mais do que o controle finalístico das fundações!!!!

O ponto a que queremos aludir juridicamente sobre uma “fundação de apoio” é que nos moldes atuais, não é, claramente, uma fundação privada propriamente dita, e a interpenetração de suas relações com o poder público exige dela cumprimento de requisitos formais, e sofre influxo de princípios e, por vezes, normas, de direito público.

Com clareza de raciocínio Celso Antonio Bandeira de Mello¹ giza sobre o tema: “*as fundações de direito privado criadas pelo poder público submetem-se às regras do Código Civil pertinentes, previstas nos artigos 19 a 24 e seguintes. Sem embargo, o simples fato de se originarem da vontade estatal e terem patrimônio constituído, ainda que parcialmente, por recursos públicos, ou a circunstância de serem subvencionadas por cofres governamentais, acarretam efeitos peculiares em seus regimes. Desde logo cumpre observar que não podem surgir senão em decorrência de uma lei. Demais disso, a alocação de recursos públicos para a formação de seu patrimônio ou para subsidiá-la está, do mesmo modo, condicionada à existência de norma legal permissiva. No caso, entretanto, por se tratar de entidade privada, não bastaria a lei autorizadora. Seu processo de origem requer a obediência aos requisitos previstos no diploma civil para a entronização da criatura no universo jurídico. Daí que se impõe a realização de escritura pública e registro para personalização da entidade.*” (g.n.)

A criação de fundação privada instituída pelo poder público mediante autorização legislativa tem encontrado guarida na doutrina mais moderna. Segundo a passagem mencionada de Bandeira de Mello, fazendo alusão às fundações privadas criadas pelo poder público, argumenta com lucidez que as fundações de direito privado pelo fato de serem subvencionadas, ainda que parcialmente por recursos públicos, merecem tratamento diferenciado em seu regime.

O ponto de vista aqui defendido com os dizeres do ilustre jurista é de que a exigência da criação de fundação privada nos moldes da lei civil requer antes ainda, de lei autorizadora quando custeada, ou subvencionada, ainda que parcialmente, por recursos públicos, fato que por si só, acarreta efeito peculiar ao regime. Trata-se de um requisito a mais para ser cumprido e não suprimido pelo fato de ser fundação privada. Tal exigência foi defendida, em verdade, quando a fundação for criada por ente público, em razão da projeção que se vislumbra entre as relações de direito público e privado. Outro motivo não haveria mesmo quando criada por particular, haja vista que o ente criador não determina o regime jurídico da fundação, em especial quando tiver como atividade-fim a relação com o ente público, ou seja, o estreito vínculo de dependência com o serviço público, de acordo com a natureza das atividades executadas, que podem ocasionar uma relação de promiscuidade com os recursos públicos com que se relacionarão.

Sendo criadas para atuar em colaboração com atividade de serviço público, perseguir o interesse coletivo (público), e em grande parte, re-

cebendo recursos públicos de alguma forma, seja através de subvenções, ocupação de espaço público, ou utilização dos recursos humanos do serviço público, se aproximam mais das características das fundações públicas do que das privadas.

Ousamos discordar, contudo, da posição da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro no tocante a considerar as fundações de apoio como um terceiro tipo, misto, entre fundações públicas e privadas. A forma de constituição e atuação das “fundações de apoio” representa uma distorção, não uma situação peculiar. Logo, não corresponde a uma nova modalidade de fundação, mas revela um desvirtuamento de sua instituição.

Cabe lembrar que um ente, ou mesmo uma determinada norma, criada para atender determinado fim, pode acabar por se prestar à finalidade totalmente diversa daquela para a qual foi criada. Nesse caso, trata-se de desvio de finalidade.

A atualidade do tema desvio de finalidade e desvio de poder se justifica pelo fato da atuação do poder discricionário da Administração vir sendo cada vez mais colocada à prova, tanto em relação aos atos restritivos de direitos, por conta da tendência da Administração em reduzir sua área de atuação e os direitos dos administrados, quanto em atos ampliativos de direitos, pela crescente e vigilante necessidade de se controlar os favorecimentos e benefícios a terceiros.

Lembrando preciosa lição do jurista Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da finalidade ***“não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada”***². Finalidade é requisito do ato administrativo, uma vez desvirtuado um dos requisitos do ato administrativo, o ato estará viciado, fulminando-o de nulidade insanável.

A teoria do desvio de poder tem como fundamento a noção de que a força vinculante da lei em relação aos atos administrativos, necessariamente a ela subordinados, ocorre em virtude da dimensão teleológica existente entre ambas.

Mais uma vez nos socorremos das lições de Celso Antonio Bandeira de Mello: ***“ocorre desvio de poder e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado”***. Para ele, o desvio de poder pode se manifestar de dois modos: quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público ou quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia à “categoria” do ato que utilizou. Entretanto, ressalva que, não necessariamente a intenção pode estar viciada. Daí que para o autor, ***“o que vicia,***

portanto, não é o defeito de intenção, quando existente – ainda através disto se possa, muitas vezes, perceber o vício –, mas o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência”⁵.

Assim se deve observar havendo a realização de convênios com a universidade pública.

Nosso direito positivo não permanece à margem desse entendimento, disciplinando o desvio de finalidade como vício do ato administrativo na Lei de Ação Popular (artigo 2º). Também em nossa Constituição Federal, ao apostilar sobre o mandado de segurança, no seu artigo 5º, LXIX, preferindo consagrar a expressão abuso de poder a excesso de poder. E ainda, apostilado no artigo 5º da lei processual paulista (Lei 10.177/98)⁴.

Agustín Gordillo tem posição firmada sobre o tema: ***“el vicio del acto no deriva de que esté en su decisión contraviniendo una prohibición expresa del orden jurídico, sino de que há llegado a ella por caminos distintos de los que el orden jurídico prescribe”***.

Um dos méritos da teoria do desvio de poder é resgatar a dimensão axiológica da vinculação administrativa, ou seja, ao cumprimento da lei devem ser observado os valores que a constituem.

Assim, o desvio de poder é fundamento para anulação do ato administrativo viciado e difere dos demais vícios por investigar a intenção subjetiva do agente, saber se o móvel do autor do ato administrativo é o mesmo do legislador que o elaborou, embora o ato seja perfeito. E através desse exame concluir ou não pela sua legalidade.

Na prática, as fundações privadas de apoio ao ensino superior se utilizam dos privilégios condizentes às fundações públicas, porém sob o revestimento das regras de direito civil. A irregularidade se apresenta à medida que essas entidades privadas avocam, indevidamente, as regras civis, ao mesmo tempo que se beneficiam de regras de natureza jurídica diversa, de direito público, ou seja, obedecem normas de direito privado ou de direito público de acordo com a conveniência ou favorecimento. Assim, a estrutura se livra dos entraves, ao mesmo tempo que se apropria do que há de melhor nas duas formas de regime jurídico, que são distintas.

Tampouco podemos concordar com o argumento levantado em debate de que o fato de haver importe de recursos públicos nas fundações privadas não acarreta para as mesmas a necessidade de prestar contas ao Tribunal de Contas.

É certo que parcela da receita das fundações privadas advém de fontes públicas - Secretarias de Estado, prefeituras, bancos públicos, etc – além

da utilização da infra-estrutura pública e de recursos humanos para o pleno desenvolvimento de suas atividades.

As receitas originárias provenientes de recursos públicos e a dependência do pleno desenvolvimento de suas atividades ao serviço público são o condão do entendimento de que essas fundações não podem ser doutrinariamente consideradas privadas, porquanto a dependência de suas atividades dos recursos, quais sejam, públicos, liminando ao mesmo tempo a concepção defendida de que as mesmas não devem prestar contas à Administração Pública. Essa forma de instituição e atuação descaracteriza a essência da definição de fundação privada.

Não podemos nos escusar de afirmar que a defesa do regime jurídico de direito privado aplicado às fundações de apoio se trata, na verdade, de meio de driblar a vedação constitucional do artigo 37, inciso XVII, que estabelece a proibição de acumular cargos públicos⁵.

Uma vez reconhecido o vínculo jurídico de natureza pública dessas entidades, o acúmulo de cargos estaria deflagrado. Tal como ocorre atualmente, evade-se do controle moral e legal que veda o servidor público de acumular cargos e empregos, já que sendo fundação privada, não ocupa um ou outro.

A percepção de remuneração, seja a que título for, por parte dos docentes advinda dessas fundações privadas, viola também, por definição, o regime de dedicação integral e exclusiva que parte desses docentes possui com a universidade pública, posto que estabelece um novo vínculo de prestação de serviços. Esses docentes passam a perceber vencimentos pela realização de serviços e atividades relacionados em essência a suas próprias atividades na universidade.

Servindo-se da condição de serem entidades, por definição, sem fins lucrativos, terminam por competir em concorrência desleal no mercado de trabalho. Outrossim, sendo de tal forma especializadas, conjugam as vantagens na dispensa de certames licitatórios, evadindo-se mais uma vez, de regras legais e morais que lhes deveriam ser aplicadas.

Os desafios que se impõem às universidades públicas no momento conduzem-nas à utilização equivocada de estratégias. A parceria com a iniciativa privada é legítima e desejável, mas não quando faz a universidade se distanciar das suas finalidades, incorporando o espírito do clientelismo e de interesses particulares decorrentes dessa relação. Não se quer aqui comprometer a idéia da viabilidade de captação de recursos na iniciativa privada. Entretanto, esta deve ser feita tendo em vista objetivos acadêmicos

precípuos e não contra eles, como vem sendo atualmente realizada na relação com às fundações privadas, com prerrogativas ilegítimas, em prol de benefícios particulares.

Quanto ao problema debatido no Seminário realizado, para os defensores da idéia de que, em relação às fundações privadas de apoio ao ensino superior, o problema se resolveria com a regulamentação de sua atuação, não acompanhamos essa idéia necessariamente. Não nos parece inconveniente tal regulamentação por hipótese, mas tampouco defendemos essa necessidade.

Na esfera federal, há a Lei 8.958/94 que regula as relações entre as fundações de apoio e as universidades públicas federais, que é auto-aplicável, independe de qualquer outra regulamentação. Já na esfera estadual, não temos a correspondente lei.

Olhamos com desconfiança a necessidade de regulamentação. Isto porque a falta de compromisso em assumir de fato os princípios normativos como amparo pleno para as decisões judiciais, e um enfrentamento sério sobre a questão da interpretação do direito pela comunidade jurídica, acaba por exigir a elaboração de um sem número de leis que atinjam todo o contingente possível de situações concretas.

Como isso já é, em tese, impossível de ser realizado, aliado ao fato de que a velocidade do surgimento de novas relações que demandem um regulamento não acompanha a velocidade com que elas podem ser elaboradas seguindo o trâmite processual previsto, acarretam um descrédito de que as leis possam dar conta de amparar os direitos e garantias dos indivíduos.

Acreditamos que o Direito possui seus próprios instrumentos de controle e que não necessite recorrer, a cada nova situação, a uma nova normatização.

A lei como pleora é motivo de descrédito da sua autoridade. A quantidade de leis que regulam toda e qualquer matéria se afasta do espírito de universalidade da lei e favorece as particularidades, causando diferenciação entre os semelhantes, e assemelhando os desiguais.

Por essa razão não defendemos necessariamente o dever de regulamentar, que pode até mesmo causar confusão maior, se em desacordo com as leis hierarquicamente superiores e princípios e normas constitucionais. Tanto é assim que a proposta de regulamentação existente para a Lei 8.958/94 é escandalosa e ilegal, permitindo a completa promiscuidade de recursos públicos, que de longe não podemos sustentar sua constitucionalidade.

Os defensores da necessidade de regulamentação acreditam que essa também é a forma ideal de colocar termo à discussão travada no seio das

universidades públicas, em relação à cobrança de cursos nas instituições, que são realizados sob o argumento da diferenciação entre ensino regular, especialização, extensão, etc. Outras oportunidades tivemos de nos posicionar ante tal disparate jurídico, não pretendendo aqui resgatar os dispositivos constitucionais e da Lei de Diretrizes e Bases que afastam com clareza essa possibilidade, de que o ensino em estabelecimentos oficiais de ensino superior possa ser cobrado. O ensino é gratuito, seja lá a qualidade que se pretenda conjugar a ele.

A tentativa de utilizar o subterfúgio lingüístico por parte dos administradores das universidades públicas, ao assumirem essa defesa, causa, para dizer o mínimo, curiosidade e espanto. É necessário esclarecer ao corpo docente das nossas universidades públicas o que é ensino? Não imaginávamos algum dia, nós, operadores de direito, que nos caberia definir aos mesmos o que é. Imaginamos a preocupação da sociedade pela tarefa delegada.

Assim, tal recurso argumentativo sofre pena de desmoralização e termina por transferir para as mãos dos juristas, e mais de perto, para nossos Tribunais a conceituação de ensino, se é que era necessária. Ora, situação *sui generis* essa em que é preciso regulamentação para dizer aos docentes o que é ensino.

Encerrando nossas ponderações, não podemos também deixar de mencionar que os cargos administrativos ocupados pelos docentes os transformam não apenas em servidores públicos, mas em administradores públicos, responsáveis pela *res publica*, e como tais lhes aproveita as regras de probidade administrativa, como a qualquer administrador público.

Pelo que discorremos, resta claro que a diversidade de situações concretas combinadas com uma complexa rede de relações que se irradiam a partir da Administração Pública, exige, dentro do Estado Democrático de Direito, o fortalecimento de novas formas de controle de legalidade.

Muitos expedientes vêm sendo utilizados no Direito Administrativo para ludibriar a lei, por meio da própria lei. Desnecessário dizer que, em especial no atinente à Administração Pública, devemos estar ainda mais atentos. Uma boa forma de se controlar a legalidade nessas situações é por meio do controle de finalidade, já que, por vezes, o ato administrativo aplicado no caso concreto encontra respaldo na lei, muito embora veja seu objetivo desatendido.

O desvio de poder envolve falseamento da realidade, por vezes, malícia requintada da autoridade prolatora do ato, o que exige das autoridades

judicantes especial atenção aos elementos do fato e a relação entre o fato e o texto legal. Essa deve ser a orientação de nossos tribunais, não se atendo exclusivamente aos aspectos externos, para que, através do exame dos fatos, possa apurar o comportamento desvirtuado e assim exaurir sua função jurisdicional, o que requer um exame menos temeroso da legalidade substancial dos atos administrativos.

Notas

¹ Mello, Celso Antonio Bandeira de – Revista de Informação Legislativa a 28, n. 110. abr/jun 1991. p. 206

² (Curso de Direito Administrativo, 13^a ed., Malheiros, 2000, p. 77)

³ Ob, citada, p. 362/364

⁴ **“A norma administrativa deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige”**

⁵ Art. 37 – (...)

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico-científico;

c) a de dois cargos privativos de médico

XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrangem autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo poder público (g.n.)

Esta e as outras publicações da Adusp
estão disponíveis na íntegra no site

www.adusp.org.br